Adolph Dieterich Weber
B. R. D.

Reflexionen zur Beförderung einer gründlichen Theorie vom heutigen Gebrauch des römischen Rechts.

Schwerin, Wismar und Bützow,
in der Bödnerschen Buchhandlung
1782.

Bayerische
Staatsbibliothek
München

Bayerische
Staatsbibliothek
München

Einleitung.

Es war eine Zeit in Teutschland, wo das römische Recht beinahe allen juristischen Geschäften ohne Unterschied zur Norm dienen muste. Nichts konnte wahr sein, als was mit irgend einer Stelle aus Justinians Gesetzbüchern belegt wurde. Sachen, die der Römer nie kannte und wovon seine Gesetze lediglich nichts enthielten, wurden so lange gedrehet und gedeutet, daß sie endlich doch ihre Entscheidung daraus hernehmen musten. Es war nichts ungewöhnliches, die Schriften der Publicisten sowol, als diejenigen, des Privat-Rechts mit unschicklichen Allegationen römischer Gesetze über-

schwemmt zu sehen. — Diese Mode hat sich freilich sehr geåndert; und wer heutiges Tages nach der Regel: non desinit quis habere, etsi in eum statum peruenerit, quo non poterat adquirere L. 85. D. de Reg. Iur. behaupten wollte, daß ein Reichsstand Siz und Stimme nicht verliere, wenn er gleich seine unmittelbaren Lande zu besizen aufhörte; — wer die Frage: ob unsre Fürsten den von ihren Unterthanen ergriffenen Kaiserlichen Appellationen immer völlig deferiren müsten? nur aus dem 49sten Buche der Pandekten beurtheilen wollte, der würde sich in der That sehr lächerlich machen. Inzwischen ist die Erfarung nicht neu, daß der Mensch gewöhnlich von einer Extremität auf die andere zu gerathen pflegt. Statt der übertriebenen Anhänglichkeit unserer Vorfahren an allem, was nur römisch war, entstand allmålig eine nicht minder übertriebene Abneigung dagegen. Beide Misbräuche haben üble Folgen erzeugt. Jener — die Vernachläßigung des teutschen Rechts; dieser — die Versäumung eines gründlichen

lichen Studiums römischer Gesetze, wodurch denn die Gleichgültigkeit dagegen noch immer mehr zunahm. Kein Wunder, daß Richter und Advokaten einem Rechte abhold wurden, auf dessen gründliche Kenntnis sie weder gehörige Zeit noch Mühe verwandten. Daher die öftere Sprache von römischen Grillen, Subtilitäten, und Kompendien-Wissenschaft, welche da immer am häufigsten ertönet, wo die vis inertiae prädominiret, und wahre Rechtskenntnis so ziemlich abgekommen ist. Es giebt Richter, bei denen das Korpus Juris an sich wenig oder gar nichts vermag, wenn es nicht mittelbar durch einen Karpzov, Brunnemann, oder Mevius, auf ihren Verstand und Willen wirket; Richter — bei denen sich höchstens die kurrenten Rechtsartikel durch täglichen Gebrauch in Würden erhalten, die aber, sobald ihnen das Gesetz im geringsten auffallend, oder mit dem Mas ihrer Rechtsbegriffe kontrastirend scheinet, sogleich ihrem Eigendünkel den starken Lauf lassen, und nach Gutdünken entscheiden. Ich

habe nichts dawider, daß es besser wäre, wenn das fremde Recht nie bei uns ein Ansehen erhalten hätte, und daß es kein Uebel, sondern wahres Wohl für teutsche Bürger sein würde, wenn die gesetzgebende Macht den römischen Rechtskörper ganz aus unsern Gerichten vertilgte; allein, so lange dies nur fromme Wünsche sind, und die auswärtigen Rechte in der That noch gesetzliche Autorität behaupten: So lange ist und bleibt es einestheils widersprechend, anderntheils aber gefährlich, wenn ihre Gültigkeit zu sehr dem schwankenden Privat-Ermessen der Richter und Rechtsgelehrten überlassen ist. Bei der Verschiedenheit menschlicher Denkart und Meinungen muß hieraus nothwendig eine Ungewisheit der Rechte entstehen, oder, da sie ohnehin schon in solchem Grade bei uns vorhanden ist, daß man sogar bloße quaestiones iuris scripti als illiquide ad Separatum zu verweisen anfängt —, zum grösten Schaden des gemeinen Wesens äußerst vermehret werden. Und so halte ich denn doch immer eine bestimmte

Norm

Norm der Geschäfte, wenn sie gleich nicht die vollkommenste ist, weit besser, als gar keine; mithin auch den Richter, welcher genau nach einmal vorhandenen Gesetzen verfährt, ungleich gerechter und dem Staat nützlicher, als den Aequitanten-Krämer, dem nur die Blendlaterne seines unberufenen Gutdünkens vorleuchtet. Da das fremde Recht einmal bei uns eingeführt ist; so kann sich der Richter nicht mehr Freiheit darüber herausnehmen, als er überhaupt bei Gesetzen, deren Diener er ist, gebrauchen darf. Ich verlange freilich keine Apologie für die durchgängige Güte der römischen Gesetze zu übernehmen. Es giebt viele darunter, die selbst für den römischen Staat hätten besser sein können; noch mehrere, die auf teutsche Sitten und Gebräuche nicht völlig passen. Allein, wegen einer jeden Abweichung unserer Verfassung, sogleich die ganze Anwendung des Gesetzes verwerfen wollen, ist keine res priuati arbitrii. Es fehlt uns nicht an einheimischen Rechten, wo gegen sich oft manches erinnern ließe. Mit der

Zeit ändert sich der Charakter und die Lebensart einer Nation dergestalt, daß sie der vorigen ganz ungleich wird, und die teutschen Gesetze, welche noch vor hundert Jahren recht gut seyn mochten, sind vielleicht unsern Zeiten nicht mehr so angemessen; Ja! man blättere nur irgend ein neueres Stadtrecht durch; man wird gewis einen reichhaltigen Vorrath inkonsequenter Verordnungen nicht lange suchen dürfen. Soll der Richter diesen geheiligten Denkmälern der Einfalt und des Mangels an allem, was man gesetzgebende Klugheit nennen kann, einen pünktlichen Gehorsam widmen; warum nicht auch den fremden Rechten, welche, nachdem sie einmal recipiret worden, eben so gewis Gesetze sind, als Willkühre und Landrechte? Allemal ist und bleibt freilich das römische Recht ein fremder, auf teutschen Grund und Boden verpflanzter Rechtskörper, worinn begreiflich manches enthalten, dem vernünftige Rechtsgelehrte den heutigen Gebrauch versagen müssen, ohne erst durch derogirende Landesgesetze dazu besonders angewiesen

zu

zu sein; sie werden sich aber, wenn sie anders die Gränzen ihres Berufs nicht verkennen wollen, nie anders, denn durch trifftige Gründe dazu bestimmen. Der Gedanke, daß es etwa besser sein dürste, wenn diese oder jene Verordnung wegfiele; das Raisonnement ex aequitate cerebrina kann unmöglich die Gültigkeit einmal angenommener Gesetze wankend machen. Gegenwärtige Reflexionen haben daher den Endzweck vorzüglich angehenden Rechtsgelehrten einen Leitfaden zu liefern, wonach sie theils selbst in vorkommenden Fällen den heutigen Gebrauch eines römischen Gesetzes richtig bestimmen, theils aber das Urtheil und die Meinungen anderer prüfen, und bei dem hier so häufigen Dispüt der Gelehrten die Partie des Rechts und der Wahrheit nicht leicht verfehlen können. Nach dieser Absicht, wobei ich im Ganzen auf das Verdienst der Neuheit gerne Verzicht thue, wünsche ich, beurtheilt zu werden.

Vor allen Dingen habe ich mich bemühet, diejenigen Fehler etwas näher zu entdecken, welche gewöhnlich eine unschickliche Anwendung oder

Nichtbeobachtung des römischen Rechts zu veranlassen pflegen. Hat man sich nur erst gegen diese Abwege in Sicherheit gesetzet, so wird es leicht sein, nach gewissen allgemeinen Grundsätzen den heutigen Gebrauch der einzelnen römischen Gesetze auszumitteln; wiewol die gemeine Theorie, welche uns die Lehrbücher des bürgerlichen Rechts zu diesem Behuf suppeditiren bald zu unvollständig, bald aber zu wenig bestimmt ist, als daß man derselben allemal mit Sicherheit nachgehen könnte. Ueberall aber habe ich zur Beförderung der Deutlichkeit, und einer anschauenden Erkenntnis es an zutreffenden Beispielen nicht fehlen lassen, wobei ich mich jedoch der Kürze möglichst beflissen, und überflüßige Allegationen der Rechtsgelehrten sorgfältig vermieden habe; weil es meine Absicht nicht war oder sein konnte, durch eine vollständige Ausführung solcher einzelnen Materien den Leser und mich von dem Hauptzwecke, zu dessen Erläuterung ihrer nur gedacht worden, zu entfernen.

I.

Es fehlt uns nicht an Regeln, welche das Ansehen des römischen Rechts in Teutschland überhaupt bestimmen; und ich möchte wol sagen, daß in Ansehung der generellen Theorie die Gelehrten in diesem Punkte sich gröstentheils so ziemlich einig sind, ohne übrigens von der zu allen Zeiten richtig gefundenen Beobachtung, daß nicht leicht eine Wahrheit zu gedenken sei, welche gantz ohne Widerspruch geblieben, nicht leicht ein Irrthum, der nicht irgendwo seine Anhänger und Vertheidiger gefunden hätte, gerade hier eine Ausnahme machen zu wollen. Diejenigen, welche dem römischen Rechte fast alle Gültigkeit in Teutschland absprechen wollen, haben sogar einen Christian Thomasius zum Vorgänger gehabt, deßen Abhandlung über die Frage: an legum iuris Iustinianei sit frequens an exiguus vsus practicus in foris Germaniæ einem Jeden bekannt ist. Lange zweiffelte man nicht mehr daran, daß das römische Recht per receptionem in Teutschland eingeführet sei: Allein neue-

neuerer Zeit sind auch hierüber mancherlei Dispüte geführet worden, die im Grunde auf bloße logomachien hinauslauffen. Mich hiebei weiter aufzuhalten ist meine Sache nicht. Genug, daß dem Justinianeischen Rechte einmal durch ausdrückliche Reichsgesetze ein legales Ansehen verliehen worden. Mehrere Aufmerksamkeit aber verdient es, daß die Juristen, wenn sie auch im allgemeinen über die Autorität dieses Rechts nicht eben unrichtig urtheilen, dennoch, sobald es auf die Anwendung eintzelner Gesetze ankömmt, gantz verschiedne Meinungen, und mancherlei Irthümer unterhalten. Eben der Schriftsteller, welcher zu Anfange seines lehrbuchs das römische Recht als ein solches ankündigte, das in complexu recipirt, und deßen verbindliche Krafft in Teutschland gar keinem Zweiffel unterworffen sei, kömmt uns in der Folge bei jeder Gelegenheit mit dem lieben: sed hodie secus; ohne sich weiter um diejenigen Gründe zu bekümmern, welche man doch billig nach seinen eigenen Prämissen erwarten sollte. Ein anderer

hin-

hingegen widerspricht ihm, und vertheidigt gerade in diesen Fällen den heutigen Gebrauch, welchen er doch bei andern Gelegenheiten, wo es bei Jenem heist: hæc omnia in viridi sunt observantia gänzlich ableugnet. Beide aber sind im allgemeinen über den Grundsatz einverstanden: iuris romani tantam in foris Germaniæ esse auctoritatem, ut in eo se fundans semper probatam haberet intentionem, nec usum illius et observantiam probare deberet. Wollen wir hier der Quelle nachspühren: So laßen sich mehrere Ursachen dieser im Detail herrschenden Unrichtigkeiten angeben; und es wird nicht undienlich sein, solche der Reihe nach etwas näher zu erwägen.

2.

Billig rechnen wir dahin: Erstens, wenn die Regeln selbst, wonach man die heutige Anwendung römischer Gesetze zu bestimmen pflegt, weder richtig, noch so determinirt und vollständig sind, um in einzelnen Fällen allemal zum gewissen Leitfaden dienen zu können. Dies war ehedem der Fall, da man noch keinen andern

Grund-

Grundsatz kannte, als daß das römische Recht überall da anzuwenden sei, wo der, zumal in jenen Zeiten noch ziemlich dürfftige Vorrath einheimischer Gesetze nicht ausdrücklich das Gegentheil verordnete. Es hat von jeher in allen Fächern der Gelehrsamkeit Leute gegeben, welche der einmal angestimten Leier blindlings folgen, und schon die bloße Erkundigung nach dem wahren Grund der gemeinen Meinung als eine verderbliche Neuerungssucht zu verschreien gewohnt sind. Diese befolgten nun freilich die eben gedachte Regel ohne Unterschied, und machten von lediglich ganz unanwendlichen Gesetzen den abgeschmacktesten Gebrauch. Denkende Köpfe hingegen, wenn sie auch im Ganzen dem römischen Rechte sein Ansehen in Ermanglung teutscher Gesetze nicht absprachen: So fanden sie doch eine durchgängige Befolgung des obgedachten Grundsatzes ohne weitere Einschränkung so absurde, daß bald mehrere Regeln der erstern zugesellet wurden. Wir werden solche unten besonders zu betrachten Gelegenheit haben. Zweitens,

wenn

wenn diese Regeln unrichtig verstanden, und folglich übel appliciret werden. Auch hierüber verspahre ich die weitere Aufklärung bis dahin, wenn ich denen nach und nach in dieser Hinsicht aufgenommenen Grundsätzen eine besondere Erläuterung widmen werde.

3.

Gleichwie überhaupt die Anwendung der Gesetze auf vorkommende Fälle eine hinreichende Wissenschafft von dem eigentlichen Willen des Gesetzgebers erfordert: So ist auch leicht zu erachten, daß der Mangel einer gründlichen Kentnis des R. R. natürlicher Weise eine unzutreffende Applikation desselben nach sich ziehen müste. Insoferne dies nun auf die eigentliche Bestimmung des heutigen Gebrauchs an sich keinen Einflus hat, gehört es freilich nicht hieher. Wenn aber Unkunde des römischen Rechts vollends gar die Folge hat, daß man uns ohne allen Grund bald Gesetze, die es entweder gar nicht, oder doch wenigstens für uns nicht sind, aufdringen;

gen; bald aber solche Vorschrifften, deren Gültigkeit in der That noch fortdauret, entkräfften will; so kann sie uns hier nicht gleichgültig sein. Ich zähle es daher mit Recht unter die Quellen, der in dieser Absicht herrschenden Irrthümer, wenn, Drittens diejenige Stelle des R. R. über deren heutigen Gebrauch die Frage entsteht, dergestalt misverstanden wird, daß man dabei den wahren Grund und die eigentliche Instruction des römischen Gesetzgebers verfehlet. Nach der ziemlich herrschend gewordenen Meinung, daß die römischen Pönalklagen ad duplum et quadruplum heutiges Tages wegfallen, über deren Grund oder Ungrund ich hier mein Urtheil suspendire, behaupten die mehresten Juristen, daß die actio de rationibus distrahendis gegen einen ungetreuen Vormund nicht mehr auf gedoppelte Wiederverstattung angestellt werden könne. Nach des Böhmers Urtheil (in tr. de action. Sect. 2. cap. 6 §. 22.) verstehet man aber die Gesetze unrecht; wenn man dieses Rechtsmittel blos als eine Pönalklage betrachtet. Est

enim

enim intuitu pupilli magis rei persecutoria, et *duplo* id quod eius *interesse* poterat continetur L. 1. §. 20. D. de tutel. et rat. distr. Ideo enim leges dupli præstationem constituisse videntur, quo pupillus id, quod interest probare haud tenetur. Nec absolute eius praxin negauerim, quum longe utilius pupillo sit, *duplum* lege definitum petere, quam interesse probare. Es sei nun, daß Böhmer Recht oder Unrecht habe; so siehet man doch offenbar, daß die Bestimmung des heutigen Gebrauchs hier ganz unstreitig von dem wahren Sinn der römischen Gesetze abhänge. Ob der Vater heutiges Tages vollkommen verbunden sei, der Tochter einen Brautschatz mit zu geben? ist eine Frage, die gewöhnlich verneinet wird. Denn, daß er nach römischen Rechten hiezu gehalten ist, dies, sagt man, gründet sich in der bekannten lege veronica, wodurch die Töchter von der Succeßion ausgeschlossen waren; ihnen diente also der Brautschatz anstatt des Pflichttheils. Da aber dieser Grund gegenwärtig wegfällt, und die Töchter mit den

Söhnen zur Erbfolge konkurriren: So muß auch die erwähnte Verbindlichkeit des Vaters cessiren. Allein was diesen Punkt betrifft: So ist ja noch in dem neuern römischen Rechte (L. 7. C. de dotis promiss.) befohlen, daß der Vater seine Tochter dotiren solle; und damals galt doch das Voconische Gesetz nicht mehr. — Vorzüglich aber kommt hier noch der Fehler in Betrachtung, wenn man, Viertens durch vernachläßigtes Studium der zur gründlichen Theorie des R. R. erforderlichen Hülfswissenschafften außer Stand ist, den wahren Gegenstand des Gesetzes genau anzugeben, folglich die Frage: ob derselbe bei uns noch vorhanden sei? nicht richtig beurtheilen kann. Nichts ist wol gewisser, als daß diejenigen Verordnungen, deren Objekt heutiges Tages wegfällt, bei uns keine Anwendung leiden. Daraus folgt aber klar, daß man, um aus diesem Gesichtspunkt über Gebrauch und Nichtgebrauch zutreffend urtheilen zu können, die Beschaffenheit der römischen Rechtsgeschäfte deutlich kennen, und mit den Gegenständen der Gesetze grade die Be-

griffe

griffe verbinden müsse, welche der Römer damit zu verknüpfen gewohnt war. Vana est sine antiquitatum cognitione iuris scientiae iactatio. Neque vlla pars iurisprudentiae his fontibus carere potest; schreibt Gottfr. Ludw. Menken in seiner Abhandlung: de mero imperio p. 1. Und wenn Accursius behauptet, daß die Legitimation unehelicher Kinder per oblationem curiae noch heutiges Tages statt finde; weil er sich unter der Curie den Kaiserlichen Hof vorstellet; so kann die Unwissenheit des Glossators hierinn zum warnenden Beispiele gereichen. — In der 115ten Novelle ist bekanntlich verordnet, daß der Vater seinen Sohn enterben könne, wenn dieser sich zu den maleficis gesellet. Hievon läst sich der heutige Gebrauch dann erst richtig angeben, wenn wir genau wissen, wer eigentlich unter den maleficis verstanden sei. Nach des Grotius Meinung bedeutet der Ausdruck überhaupt einen Uebelthäter. Allein dieser Begriff, welcher bei Enterbung der Kinder viel zu schwankend sein würde, läßt sich

eines theils mit der Absicht des Kaisers Justinian nicht gut vereinigen, weil er die Exheredation auf möglichst gewisse Einschränkungen reduciren wollte; anderntheils aber stimmt er mit der Geschichte damaliger Zeiten, und selbst mit andern Gesetzen gar nicht überein. Die richtigste Erklärung giebt uns der Tit. Cod. de maleficis dahin, daß der Kaiser die Magos, incantatores, und veneficos darunter verstanden habe. Von solchen nichtswürdigen Leuten gab es derzeit insgeheim ganze Gesellschaften, welche nach den Berichten des Plinius (lib. 30. hist. nat. cap. 1.) die schändlichsten Laster ausübten, auch andern in ihren unerlaubten Künsten Unterricht ertheilten. Dergleichen Verbindungen sollten also, wenn der Sohn sich NB. als Mitglied zu ihnen hielte, den Vater zur Enterbung berechtigen; woraus aber leicht erhellet, daß von dieser causa exheredationis zu unsern Zeiten wenig oder gar kein Gebrauch zu machen sein dürfte. —

Ich bin sehr geneigt, von dem bekannten priuilegio pecuniae in militiam creditae ein glei-

ches

ches zu behaupten. Die gewöhnlichen Lehrbücher tragen freilich die Sache so vor, daß die Gesetze überhaupt dem Gläubiger, der zur Erlangung öffentlicher Würden Geld angeliehen, und sich ein Pfandrecht ausbedungen hat, das Vorzugsrecht einräumten; und sonach dürfte der fortdaurende Gebrauch davon ohne Bedenken statt finden. Denn auch bei uns giebt es Ehrenstellen und Chargen, wofür derjenige, dem sie konferiret werden, ein gewisses erlegen muß; und nicht immer findet sich ein reicher Gönner, der uns bei dieser Gelegenheit auch mit seinem Vermögen unentgeltlich zu unterstützen geneigt wäre. Untersuchen wir aber den Gegenstand der Gesetze etwas näher; so wird uns das irrige jener Erklärung nicht lange verborgen bleiben, und wir werden in Ansehung des vſus hodierni ganz anders zu denken anfangen. Bei den Römern waren verschiedene Bedienungen, welche theils erblich waren, theils verkauft werden konnten. Dergleichen Aemter griffen auch die Gläubiger an, wenn der Schuldner ihnen keine Zahlung

 leistete,

leistete, und sie wurden öffentlich sodann feil geboten; (Herr Prof. Westphal vom Pfandrechte §. 40. p. 96.) Wenn nun jemand zum Ankauf solcher Bedienungen Geld anliehe, und sich eine Hypothek daran verschreiben ließe; so ging er in Ansehung des *muneris* und des bei künftigen Verkauf daraus aufkommenden Geldes allen übrigen Gläubigern vor. (Nov. 97. c. 4.) Hiebei aber ist zweierlei zu merken: 1) nur von solchen Bedienungen, welche käuflich an andere überlassen werden können, ist dies zu verstehen. (L. vlt. C. de pignor. verbis, quae vendi, et ad heredes transmitti possunt.) 2) Das Vorzugsrecht des Gläubigers erstreckt sich nur blos auf die Bedienung selbst, nicht aber auf das übrige Vermögen des Schuldners. (Cit. Nov. 97. Cap. 4.) Daher es irrig ist, wenn man das Privilegium einer jeden zur Erlangung eines Amtes geschehenen Anleihe beilegt, und eben so unrichtig, wenn man es über alle Güter des Schuldners verbreitet. Zugleich aber siehet man hieraus, daß heutiges Tages, da die Beschaffenheit

heit der Bedienungen anders ist, erwehntes Vorrecht selten anwendlich werden könne. (Herr *Lt.* Gmelin Ordnung der Gläubiger *p. 194.*) — — Es ist inzwischen nicht genug, daß wir die römischen Gesetze gehörig verstehen; wir werden noch immer einer üblen Anwendung ausgesetzt sein, wenn wir, Fünftens von den in Teutschland vorkommenden Rechtsgeschäften unrichtige Begriffe haben, solche auf Gattungen reduciren, wohin sie gar nicht gehören, und sodann nach dieser Idee über den heutigen Gebrauch ein Urtheil fällen, welches nie richtig sein kann. Das ist der Fall, wenn die Einkindschaft auf die Adoption, die Befreiung von der väterlichen Gewalt per separatam oeconomiam auf eine stillschweigende Emancipation zurückgeführet wird; ohne hier noch mehrere Ungereimtheiten dieser Art anzuführen, deren sich unsere Vorfahren häufig schuldig zu machen pflegten, und wovon wir zum Theil gar nicht, zum Theil aber mehr in der Theorie als in der Anwendung zurück gekommen sind; so daß die aus unrichtigen

Begriffen entstandene Folgen aus einem Lehrbuche ins andere einen ruhigen Uebergang machen. Ich gebe es gerne zu, daß nach der Analogie und wegen Gleichheit der Gründe oft auch solche Geschäfte, die nicht gerade die nemlichen bei den Römern waren, dennoch in verschiedenen Stücken nach ihrem Rechte behandelt werden können. Wenn man aber, Sechstens in solchen Fällen, bei Extension oder Restriktion einer römischen Verordnung, die allgemeinen Regeln der Auslegung vernachläßiget, und sich über die Schranken, worinn die Doktrinalinterpretation schlechthin verbleiben muß, hinweg setzet; so müssen hieraus natürlich große Unrichtigkeiten entstehen. Sind es Gesetze, die an sich schon strenge Erklärung erfordern, ist darinn von Entziehung erworbener Rechte, von Strafen und andern odiosis die Rede: so ist die Ausdehnung derselben a casu ad casum in der Regel nicht erlaubt. Dennoch aber wird es die Folge durch mehrere Beispiele ergeben, daß hiegegen nicht selten gesündiget wird.

4. Nach-

4.

Nachdem wir die verschiedenen Abwege, welche einer unschicklichen Anwendung des R. R. zuführen, vorläufig bemerkt haben: so kommt es nunmehro darauf an, daß wir uns den wahren und richtigen Weg, den man hier zu betreten hat, noch etwas bekannter und geläufiger machen. Will man zur richtigen Bestimmung der Frage: ob und in wie ferne dieses Recht in Teutschland anwendlich sei? gewisse Regeln festsetzen: so hat man dabei auf zwei Stücke vorzüglich sein Augenmerk zu richten. 1) Diese Regeln müssen so vollständig sein, daß man ihnen nicht nur im Allgemeinen, sondern auch vorzüglich in einzelnen Fällen mit Sicherheit folgen könne. Sie müssen zusammengenommen den ganzen römischen Rechtskörper nach allen seinen innern Bestandtheilen umfassen, nicht aber in dieser oder jener einzelnen Rücksicht nur brauchbar sein. 2) Man hat ihnen die möglichste Deutlichkeit und Präcision zu geben, überdem aber durch zweckmäßige Erläuterung aller

üblen Applikation vorzubeugen. Ob in den Systemen des bürgerlichen Rechts alles dieses genau beobachtet worden? ist eine Frage, welche zu bejahen ich billig Bedenken finde. Lange Zeit hat man sich mit dem alleinigen Grundsatze beholfen, daß das römische Recht bei uns in subsidium gelte, in so ferne nicht teutsche Gesetze und Observanzen entgegen stünden. — Eine Regel, welche ganz allein und universell angenommen, von Zeit zu Zeit viele Absurditäten veranlaßt hat. Der Satz — einheimische Rechte gehen den auswärtigen vor — ist ohne allen Zweifel wahr, allein man kann, ohne sich den gröbsten Irrthümern Preis zu geben, nicht auch umgekehrt behaupten: alles was römischen Rechtens ist, gilt ebenfalls bei uns, woferne nicht teutsche Gesetze das Gegentheil verordnen. Denn mit der Aufnahme des Justinianeischen Rechts ist die ganze Regimentsverfassung, und politische Einrichtung der Römer keineswegs zu uns übergegangen; und der Teutsche hat sicher nicht die Absicht gehabt, den ganzen Inbegriff seiner

Rechts=

Rechtsgeschäffte nach römischen Grundsätzen umzuformen. Es versteht sich also wol von selbst, daß solche Verordnungen, welche auf Grundsätzen beruhen, die man in Teutschland nie aufgenommen hat, oder deren Gegenstand heutiges Tages cessiret, gar keine Anwendung leiden. Nichts ist aber in der Regel unnöthiger, als dergleichen römischen Gesetzen noch besondere teutsche Rechte entgegen zu stellen, obgleich unsre Vorfahren von einem irrigen Wahn geleitet, sich nicht anders zu helffen wusten. Bei den Römern fand z. B. aus simplen Verträgen keine Klage statt. Dies gründete sich auf das besondere Formalwesen, welches bei allen ihren gerichtlichen und aussergerichtlichen Geschäfften zur Norm diente. Da aber der Teutsche das letztere nicht aufgenommen hat: so sind natürlicher Weise bei uns die bloßen Verträge, was sie schon nach dem Recht der gesunden Vernunft sind, vollkommen verbindlich. Sonderbar ist es aber, wenn ein besonderer Grund ihrer verbindenden Krafft aus derogirenden teutschen Gewohnheitsrechten abge=

abgeleitet, und zu dem Ende eine condictio ex moribus angepriesen, oder wol gar zum Kanonischen Rechte die Zuflucht genommen wird; anstatt daß man, ohne dergleichen unnütze Behelfe aufbieten zu dürfen, kurz und gewis richtiger sagen könnte: die römischen Gesetze von bloßen Verträgen, ungenannten Kontrakten, von contractibus stricti iuris, u. d. m. gelten in Teutschland nicht, weil das wesentliche Fundament derselben, die besondere römische Verfassung, und Verbindlichkeit bloßer Formeln bei uns nie recipiret worden.

5.

Richtiger und bestimmter ist unstreitig diejenige Theorie vom heutigen Gebrauch des R. R., welche der Herr Professor Schott in seiner Encyclopädie §. 109. nach folgenden Regeln vorträgt. 1) Diejenigen Verordnungen des römischen Rechts welche sich auf blos römische, in Teutschland ganz unbekannte Sitten, und Verfassungen beziehen, leiden eigentlich gar

keine

keine Anwendung. 2) Diejenigen, welche solche Gegenstände haben, die in Teutschland eben sowol, als bei den Römern angetroffen werden, sind zwar anzuwenden, jedoch nicht eher, als in Ermanglung einheimischer Rechte. 3) Auf solche Gegenstände und Geschäffte, welche den Römern gar nicht bekannt gewesen sind, sondern blos aus teutschen Sitten und Verfassungen, oder andern Quellen ihren Ursprung haben, läst sich das römische Recht ebenfalls nicht anwenden, obgleich eine eingebildete Aehnlichkeit dergleichen unschickliche Anwendung leicht veranlassen kann, und oft veranlaßt hat.

Daß man nun nach diesen Grundregeln den heutigen Gebrauch der eigentlichen Positiv-Gesetze, welche in denen bei uns recipirten Theilen des R. R. befindlich sind, sehr wohl abmessen könne, bin ich so wenig in Abrede, daß ich sie vielmehr selbst, so viel diesen Punkt anbetrifft, in der Folge zum Grunde legen werde. Da aber das römische Recht, in seinem ganzen Umfange

ge betrachtet, noch ausserdem manches enthält, welches in die Klasse dieser recipirten Positiv-Gesetze nicht gehöret; so halte ich es, wenigstens für angehende Rechtsbeflissene, nicht undienlich, wenn man sich auch darüber mit ihnen etwas näher unterhält. Ja! ich finde dieses desto nöthiger, als es die Erfahrung lehret, daß solche Stellen des R. R. die entweder gar nicht die Eigenschaft der Gesetze haben, oder doch wenigstens zum positiven Rechte nicht gehören, dennoch als römische Verordnungen im eigentlichen Verstande behandelt werden. Irrthümer, wovon die Werke der Alten voll sind, und welche zum Theil in den neuesten Schriften nicht ganz cessiren. Ich habe daher den Versuch gemacht, eine vollständige Theorie in folgenden Grundsätzen zu liefern; und durch die beigefügte Erläuterung nicht nur die Richtigkeit und den wahren Sinn derselben ausser Zweifel zu setzen; sondern auch die aus ihrer Vernachläßigung und unschicklichen Applikation entstandene Irrthümer und Fehler kennbar zu machen.

6.
Erste Regel.

Wenn über den heutigen Gebrauch einer Stelle im R. R. die Frage entstehet: so kömmt es vor allen Dingen darauf an, ob diese Stelle ein wirkliches Gesetz enthalte oder nicht? Ist das letztere: so verbindet sie uns an sich gar nicht. Es stehet uns nicht allein frei, nach unserer Ueberzeugung davon abzugehen; sondern wir sind auch schuldig, wenn die Wahrheit es erfordert, ein anderes zu lehren oder zu behaupten.

Man pflegt zwar alle einzelne Stellen im Kodex und den Pandekten leges zu nennen, auch alles dasjenige, was die Novellen und Institutionen enthalten, dahin zu rechnen; allein wem ist es unbekannt, daß unser Korpus Juris nicht wenig in sich fasse, so den Nahmen eines eigentlichen Gesetzes gar nicht verdienet. Man hat aber, um dieses zu bestimmen, lediglich auf den Inhalt der Stelle selbst sein Augenmerk zu richten

ten. Denn auch das ist freilich nicht zu leugnen, daß wir im R. R. vieles antreffen, welches seiner ursprünglichen Beschaffenheit nach in die Zahl der Gesetze zwar nicht gehöret; wol aber durch die Aufnahme in den Rechtskörper ein legales Ansehen überkommen hat. Die von einem Landesherrn in einzelnen Angelegenheiten ergangene Reskripte und Dekrete, sind der Regel nach in andern Fällen und für die Zukunft nicht allgemein verbindend; noch weniger kann man den Privatmeinungen der Rechtsgelehrten an sich eine gesetzliche Kraft beilegen. Aus jenen bestehet gleichwol der Kodex gröstentheils, und aus diesen die Pandekten durchgängig. Da aber beide Sammlungen als wirkliche Gesetzbücher bestättigt sind: so gehet Thomasius unstreitig zu weit, wenn er demungeachtet auch jetzt nach den Bestandtheilen des Kodex und der Pandekten die Eigenschaft wahrer Gesetze bestreiten will. Quodsi, schreibt er in der obenangeführten Disputation §. 10, vlterius pro sententia, quod eiusmodi responsa iureconsultorum legum

vim

vim obtineant, vrgere velis, quod Iuſtinianus Imperator omnia, quae a compilatoribus pandectarum in eas relata ſunt, ſua fecerit et conſtitutionum imperialium vicem obtinere voluerit; quaſi ab ipſo promulgatae eſſent; nihil tamen amplius obtinebis, quam vt reſponſa illa vim obtineant rerum ab imperatoribus ipſis iudicatarum. Ergo videamus, an etiam res ab imperatoribus iudicatae, quarum exempla plurima extant in codice, leges verae ſint? Non arbitror. Lex enim eſt regula vniuerſalis, et res iudicata adplicatio tantum legis generalis ad caſum ſpecialem. Variante vero vel minima circumſtantia vti ius ipſum variat, ita neceſſe eſt, vt tum alia quoque fiat iuris adplicatio. Thomaſius iſt hier ſicher in dem Fall, welcher oft auch den gröſten Genies zu begegnen pflegt. Labuntur aliquando, et oneri cedunt, et indulgent ingeniorum ſuorum voluptati, nec ſemper intendunt animum; quum Ciceroni interdum dormitare Demoſthenes, Horatio vero Homerus ipſe videatur. Quinctil. Orator. X. I. Bei

alledem aber haben wir den römischen Rechtskörper aus einem zwiefachen Gesichtspunkte zu betrachten. Er ist Einmal ein Gesetzbuch, — und weder die Institutionen und Pandekten, noch die übrigen Theile desselben sind im ganzen hievon ausgeschlossen. Er enthält aber auch zweitens ein System der ganzen Jurisprudenz — so wie sie zu den Zeiten des Kaisers Justinian ausgebildet war; bestehend aus Worterklärungen, Definitionen, Eintheilungen, allgemeinen Grundsätzen, Kautelen, u. s. w. Kurz, ein zum wissenschafftlichen Unterrichte nach damaliger Zeit aptirtes Lehrgebäude, welches sich bald über die Geschichte und den wirklichen Inhalt der positiven Gesetze, bald über die Vorschrifften des Naturrechts verbreitet. Gleichwie es sich nun von selbst verstehet, daß der Wille eines Gesetzgebers blos den äußerlichen freien Handlungen der Menschen eine Richtschnur ertheilen könne; unser Verstand und Ueberzeugung hingegen seiner Disposition nicht unterworffen sei: so ist es klar, daß wir 1) an die im römischen Recht

häuf-

häuffig vorkommenden dogmatischen Sätze gar nicht gebunden sind. Ich würde dies nicht einmal besonders angemerkt haben, wenn ich nicht hin und wieder Misbräuche wargenommen hätte, welche allerdings verdienen gerügt zu werden. Daß in den finstern Zeiten der Glossatoren das römische Recht auch in solchen Dingen, worüber kein Legislator befehlen kann, blindlings befolget ward, darf uns freilich nicht befremden. Die Juristen jener Epoche wusten von der Philosophie gar nichts; Sie waren überhaupt in der Gelehrsamkeit hinter diejenigen, aus deren Schrifften ein Theil des römischen Rechts kompiliret ist, unendlich zurück. Kein Wunder also, daß sie den Justinianeischen Rechtskörper als die vollendetste Weisheit, als einen Inbegriff von lauter Orakelsprüchen respektirten. Allein zu unsern Zeiten, wo doch der Reformationsgeist dergestalt um sich greifft, daß man überall den Lehren unserer Vorfahren quæstionem status formiret, sollte man es kaum möglich denken, daß noch immer verschiedne Rechtsmaterien gerade so

behandelt werden, als ob die Juristen ihre ganze Vernunft unter dem Gehorsam des römischen Systems gefangen genommen hätten. Ich will, um dieses doch wenigstens durch ein merkwürdiges Beispiel zu erläutern, nur die Lehre vom Erwerb des Eigenthums ausheben. Insoferne die bürgerlichen Gesetze hier befehlsweise festsetzen, daß ein bloßer Vertrag das Eigenthum nicht übertrage, sondern die Tradition erst hinzu kommen müste, insoferne sie bestimmen, wie es in dem Fall einer Specifikation, einer Alluvion ꝛc. gehalten werden solle; insoferne verbinden sie unstreitig. Wenn uns aber der Kaiser auch darinn unterrichten will, was in dieser Lehre natürlichen Rechtens sei, und wir finden seine Theorie nicht gegründet; wenn er uns verschiedne modos adquirendi *naturales* herrechnet, die doch nur dem bürgerlichen Rechte zuzuschreiben sind: sollten wir wol verbunden sein, dies irrige Lehrgebäude beizubehalten? Dennoch aber wird in den mehresten Kompendien die Eintheilung der verschiedenen Erwerbarten noch immer genau nach römischen

Lei-

leisten gebildet; die traditio als ein eigentlicher modus adquirendi naturalis aufgeführet, die occupatio bellica aber zu den adquisitionibus rei nullius gerechnet; und endlich gar die Accession mit ihren verschiedenen Unterarten so abgehandelt, als wenn dadurch auch die Sache eines andern nach natürlichen Rechten die unsrige würde. Ich habe nichts dawieder, wenn alles dieses, um uns das corpus iuris verständlich zu machen, blos als eine Theorie der römischen Juristen vom Naturrechte vorgetragen, zugleich aber das fehlerhaffte derselben gezeigt würde. Nach der gesunden Vernunft ist kein Grund abzusehen, warum nicht die Willenserklärung des bisherigen domini zur Uebertragung des Eigenthums an einen andern allein schon genügen sollte; daß hiezu noch besonders die Uebergabe nöthig sei, ist blos durch bürgerliche Gesetze bestimmt; und folglich die Tradition an sich betrachtet, ein wahrer modus adquirendi civilis. Es ist freilich hier der Ort nicht, alles dieses vollständig auszuführen, sonst würde man auch in Ansehung der sogenannten

Acceßion das nemliche darthun können. Inzwischen verweise ich die Leser auf den Hugo Grotius Lib. 2 de I. B. & P. Cap. 8. dessen Gründe einen jeden sehr bald überführen werden, daß der Codex sanae rationis in dieser Materie bei weiten dasjenige nicht enthalte, was Ulpian und Konsorten ihm hin und wieder angedichtet haben. Den Einwurff, daß die Lehrbücher der bürgerlichen Jurisprudenz sich mit dem natürlichen Rechte nicht zu beschäfftigen hätten, darff ich wol nicht befürchten. Denn ich verlange auch nur, daß man aus ungeprüfter Anhänglichkeit an das R. R. kein falsches ius naturae als wahr aufnehmen solle. Hievon können sich auch diejenigen nicht dispensiren, welche sonst ihren Vortrag allein nur auf die ungemischte römische Jurisprudenz beschränken. Denn ob ich gleich im ganzen diese Lehrart der gewöhnlichen vorziehe: so sehe ich doch auch nicht ab, daß bei bloßen rebus intellectus eine kurze Rüge der römischen Irthümer schädlich sein sollte. Wenn aber vollends in solchen Lehrbüchern und Systemen, welche eine

ne unsern heutigen Zeiten angemessene Rechtsgelahrheit iurisprudentiam forensem zum Vorwurffe haben, das römische Recht da, wo Wahrheit ihm beitritt nicht wenig verunstaltet, hingegen den Irrthümern desselben mit aller Gemächlichkeit nachgeleiert wird: so ist solches in der That unverantwortlich.

7.

Ob uns gleich die im Justinianeischen Recht vorkommenden Lehrsätze und Begriffe von juristischen Geschäfften als Gesetze nicht verbinden: so müsten wir dieselben doch, wenn sie sonst richtig sind, mit ihren wesentlichen Folgen als wahr und gegründet anerkennen. Es trifft sich freilich oft, daß bei uns die Benennuug einer Sache ausgedehnter oder eingeschränkter genommen wird; allein, darum sogleich den römischen Begriff gerade zu, und in sich unrichtig nennen, würde eben so sonderbar sein, als die hieraus entstehenden Urtheile über Gebrauch und Nichtgebrauch des römischen Rechts nicht selten äusserst

wunderlich sind. Ob zum Beispiele heutiges Tages die seruitus realis in faciendo bestehen könne? ist ein Dispût, bei dem viel Misverstand und Irrthum obwaltet. Ist der Begriff, welcher im römischen Rechte von den Servituten zum Grunde liegt, richtig, und soll die Substanz des fremden Prädiums eigentlich selbst einem andern zum Nutzen gereichen: so bleibt es in alle Ewigkeit unmöglich, dergleichen in faciendo zu gedenken. Will man aber solche Dinge z. B. die sogenannten Zwangmühlen, worüber selbst der Hefen des römischen plebis würde gelacht haben, wenn sie Jemand zu den Servituten gezählet hätte, dennoch mit diesem Nahmen bezeichnen: so sind und bleiben doch diese iura im wesentlichen von dem obigen Begriff einer Servitut ganz verschieden, und können folglich höchstens nur als aequiuoca, nicht aber als Unterarten davon betrachtet werden, weil durch sie nicht sowol das fremde Guth selbst genuzet, als vielmehr eine persönliche Leistung wofür freilich der fundus hafftet genoßen wird. Der Saz: Servitus

vitus in faciendo consistere nequit, bleibt daher, so wie ihn das R. R. aufstellet, noch heutiges Tages, von ungezweiffelter Richtigkeit, und diejenigen, welche bisher geglaubt haben, nach teutschen Rechten das Gegentheil zu lehren, haben mit aller ihrer Mühe nichts weiter erwiesen; als daß es onera giebt die in faciendo bestehen, und von den Germanisten auch Seruitutes genannt werden, im Grunde aber mit den letztern gar nichts gemein haben. Insoferne sie also dem römischen Grundsatze selbst dadurch Ausnahmen und Abänderungen aufbürden wollen; insoferne vermischen sie offenbar bloße acquiuoca mit wirklichen speciebus.

8.

Um im R. R. das Gesetzliche von dem Nichtgesetzlichen zu unterscheiden: hat man 2) besonders in den Pandekten darauf zu sehen, daß die verba relatiua mit den dispositiuis nicht vermenget werden. Die Rechtsgelehrten, aus deren Schrifften der erwehnte Theil des Justinianei-

schen Rechtskörpers bestehet, pflegten neben ihrer eigenen Meinung über diese oder jene Rechtsfrage nicht selten das Gutachten anderer Juristen, welche etwa das Gegentheil behaupteten, anzuführen. Daß nun in solcher Verschiedenheit der Ausspruch desjenigen den Vorzug verdiene, dessen Nahmen die Ueberschrifft des Gesetzes bezeichnet, leidet gar keinen Zweiffel; denn seine Meinung ist es, welche durch Aufnahme in die Pandekten legale Autorität erlangt hat; wogegen das Urtheil des andern Juristen, als eine bloße Lehrmeinung sich nicht behaupten kann. Bisweilen ist es aber mit Schwierigkeiten verknüpft, beide gehörig von einander zu unterscheiden, woraus gar leicht Irrthümer entstehen können, auch hin und wieder entstanden sind. Verschiedene Rechtsgelehrte behaupten, daß ein Substitut nicht zur Erbschafft gelange, wenn der eingesetzte und minderjährige Erbe solche angetreten, sich aber nachher dagegen in den vorigen Stand hat restituiren lassen. Sie berufen sich vorzüglich auf L. 7. §. 10. D. de minoribus; woraus

man

man folgende Worte zu nehmen pflegt: Si autem prius minor adiit hereditatem, mox abstentus sit, substitutum pupillo seruum cum libertate non posse heredem existere, neque liberum esse. Hätte man aber erwogen, daß Ulpian in diesen Worten nur die Meinung des Papinians vorgetragen, am Ende des Gesetzes aber solche gemisbilligt, und das Gegentheil behauptet habe; so würde man diese Stelle wol nicht für sich anführen. Er sagt ausdrücklich: Non per omnia verum est. Nam si non est soluendo hereditas abstinente se herede, et D. Pius rescripsit, et imperator noster et quidem in extraneo pupillo locum fore necessario substituto. — Der bekannte Streit über die Wirkung des sogenannten pacto de non praestanda euictione kann dieses ebenfalls durch sein Beispiel erläutern. Nicht wenige Juristen sind der Meinung, daß der Verkäuffer, dieses pacti ungeachtet, nachdem die Sache evinciret worden, das Kauffgeld wieder herausgeben müste; nur das übrige interesse dürfe er dem Käuffer nicht prästiren; Andere hingegen

gegen wollen ihn, wenn er nur nicht betrieglich zu Werke gegangen, auch von Wiedererstattung des Pretiums durch erwehnten Vertrag befreiet wissen. Beide beruffen sich auf L. 11. §. 18. D. de act. E. V. dieses Gesetz aber ward ehedem von den Auslegern sehr unrichtig interprätirt. Ulpian, aus dessen libris ad edictum es genommen ist, stellet hier über verschiedene Lehren des Julians eine nähere Prüfung an. Endlich kömmt er auf die Frage: was sodann rechtens sei, wenn der Kaufkontrakt unter andern enthielte? Nihil euictionis nomine praestatum iri? — „Julian, „sagt er, hält dafür, daß der Verkäuffer den„noch nach erfolgter Eviktion das Kaufgeld, „nicht aber das übrige Intreße erstatten müs„se —„ Er selbst aber widerspricht dieser Meinung bald darauf, und erklärt den Verkäufer nur in dem Fall, wenn er in dolo versirt, zur Herausgabe des Pretiums verpflichtet. Inzwischen ist die Faßung der Worte in diesem Gesetze so beschaffen, daß man beim ersten Anblicke die Meinung beider Juristen gar leicht konfundiren kann.

Und

Und wirkich ward auch ehedem die Julianische Lehre als eine gesetzliche Vorschrifft angesehen, bis der berühmte Just Henning Böhmer in seinen bekannten vindiciis pacti de euictione non praestanda den bisherigen Irrthum der juristischen Welt vor Augen legte.

9.

Die aus den Novellen hergenommene Authentiken können, da sie nicht unter öffentlicher Autorität in das Korpus Juris übergegangen, sondern aus eignem Antrieb der Privatgelehrten dem Kodex inserirt sind, auf ein legales Ansehen gar nicht Anspruch machen. Der gewöhnliche Vortrag, daß sie den Gesetzen des Kodex derogirten, wenn sie mit den Novellen übereinstimmten, mag wol recht gut gemeint sein. Jedoch accurat ist er nicht. Besser sagt man unstreitig: die Authentiken sind keine Gesetze, und heben also an sich keine Verordnung im Kodex auf. Denn entweder sie harmoniren mit der Novelle, worauf sie sich berufen, oder nicht. Im letztern Fall versteht sich die Ungültigkeit der-

derselben ohnehin schon. Im ersten Fall aber leidet die Verordnung des Kodex zwar eine Abänderung, allein nicht durch die Authentik, sondern durch die Novelle selbst, welche als ein neueres Gesetz unstreitig vorgehet. Die gewöhnliche Sprache verhält sich gerade so, als wenn jemand sagen wollte, die Lehren des Mevius, Karpzov, Leyser rc. derogiren dem gemeinen Rechte, wenn sie mit den Provinzialgesetzen, worauf sie sich beziehen, übereinstimmen.

10.

Zweite Regel.

Enthält die Stelle ein wirkliches Gesetz: so hat man wol zu prüfen: ob solches nicht schon natürlichen Rechtens sei? Ist dieses: so versteht es sich ohnehin schon von selbst, daß es auch bei uns zur Anwendung kommen müste; nicht etwa darum, weil der römische Gesetzgeber es verordnet hat, sondern weil es die gesunde Vernunft schon befielet; deren Vorschriften alle Menschen, zu beobachten schuldig sind.

Quae

Quae legislator ciuilis ex iure naturae in lege ſua repetit, promiſcue quoque legis ciuilis nomen adſumunt propter publicam ſanctionem; ſed propterea vim ſuam et poteſtatem propriam non deponunt, vnde non ex mera voluntate legislatoris probabili, vti leges ciuiles ſtricte dictae, ſed ex propria naturali ratione interpretationem, et quidem per demonſtrationem accipiunt. I. H. Boehmer introd. in ius publicum vniuerſale. Hal. 1710. p. 422. Ueberhaupt wird der nachdenkende Leſer dieſe Anmerkung eines unſerer gröſten Rechtsgelehrten bei Erklärung und Auslegung der Geſetze ſehr nützlich finden. Sie kann uns aber auch nicht weniger in Beſtimmung des heutigen Gebrauchs verſchiedner Stellen des R. R. zur Norm dienen. Mancher Diſpüt über den guten vſus hodiernus würde entweder nie entſtanden, oder doch ſofort gehoben ſein, wenn man dasjenige, was ſchon natürlichen Rechtens iſt, von eigentlichen Poſitivgeſetzen gehörig zu unterſcheiden, ſich mehr hätte angelegen ſein laſſen. Denn eine Vorſchrift,

schrift, die in jene Klasse gehört, würde uns doch immer verbinden, wenn sie auch weder im römischen Rechte, noch in irgend einem andern Gesetzbuche wiederholt wäre. Dadurch aber, daß diese Wiederholung geschehen, verdient das Naturrecht seine innere, und eigenthümlich verbindende Kraft gar nicht. Daß z. B. der Käufer verbunden sei, das Kaufgeld zur bestimmten Zeit abzutragen, daß der Depositor die ihm anvertraueten Güter wieder abliefere, der Verwalter eines fremden Vermögens Rechnung ablegen, der Schuldner das empfangene Darlehn bezahlen müste, alles dieses sind Verbindlichkeiten, deren Grund wol Niemand aus römischen Rechten herleiten wird. Es ist daher der Wahrheit mehr nachtheilig, als vortheilhaft, wenn Joachim Hopp und andere seines gleichen hier und in ähnlichen Fällen mit dem trostreichen: haec omnia in viridi obseruantia sunt, zu erscheinen pflegen. Denn einmal bedürfen diese Grundsätze des natürlichen Rechts einer solchen Bedeckung gar nicht. Zweitens aber wird der

nicht

nicht genug zu vermeidende Irrthum, daß nemlich alle Rechte und Verbindlichkeiten blos aus positiven Gesetzen hergeleitet werden müssen, dadurch unvermerkt ausgebreitet; und Anfängern die Sache in dem falschen Lichte vorgetragen, als ob jene Vorschriften uns darum nur verbänden, weil sie in dem bei uns recipirten R. R. enthalten wären. Vorzüglich aber ist die gegenwärtige Regel in folgender Rücksicht wohl zu merken.

11.

Es giebt verschiedene Theile und Materien des römischen Rechts, von denen es nun einmal ausgemacht ist, daß sie in Teutschland gar nicht gelten. Auch diese enthalten nebenher nicht wenig aus dem natürlichen Rechte. Wird nun hier das letztere nicht gehörig von den willkührlichen Vorschriften abgesondert: so kann man leicht in Versuchung gerathen, die Anwendlichkeit desselben entweder gar zu bezweifeln, oder doch wenigstens aus falschen und überflüßigen Gründen herzuleiten. Ob wir gleich heutiges Tages keine

ungenannten Verträge mehr haben, und folglich die condictio causa data causa non secuta aus diesem Gesichtspunkte betrachtet, wegfällt; so müssen wir doch im übrigen die Grundsätze des natürlichen Zwangrechts, welche bei dieser Gelegenheit in den Pandekten vorgetragen werden, noch jetzt als vollkommen verbindlich anerkennen. Wenn daher derjenige dem zu einem gewissen Zweck etwas gegeben worden, gleich von Anfang außer Stande war solchen zu bewirken; wenn er mit Vorsatz oder Fahrlößigkeit die Erfüllung unmöglich, oder durch seine Zögerung dem andern Theile ganz unnütz gemacht hat; und das römische Recht auch in diesen Fällen die erwehnte Kondiktion erlaubt, L. 7. §. 1. L. 12. 13. 14. D. *de cond. causa data, causa non secuta:* so würde es auf der einen Seite eben so thöricht sein, wenn man sie bei uns nicht zulassen; als auf der andern Seite, wenn man, um diese Meinung zu widerlegen, den vsum iuris romani qua talis in Ansehung der gedachten Stellen besonders herbei rufen wollte. Denn nicht gerade

rade nur darum, weil Julianus, Marcian und Paullus so gelehret, sondern weil es die Gesetze der Vernunft von jeher mit sich gebracht haben, findet hier die Zurückforderung des gegebenen statt. Nach eben diesen Grundsätzen hat Stryk den heutigen Gebrauch des Titels de aedilitio edicto bestimmt. Haec quaestio, schreibt er, melius resolui nequit, quam si ad fundamentum respiciamus, cui aediles edicta sua superstruxerunt. Si enim hoc ex aequitate naturali desumtum est; effectus edicti *perpetuus erit;* non propterea, quia aediles ita edixerunt, sed quoniam edicta aedilium ex arte aequi et boni originem traxerunt; *bonum enim, et aequum cancellis reipublicae romanae non includitur, sed vbique idem est.* Lib. XX. vsus Moderni Tit. 1. §. 2.

12.

Beiläufig ist hieraus zu ersehen, wie nothwendig und unentbehrlich einem jeden Juristen das Studium des natürlichen Rechtes sei; weil

wir solches 1) da, wo die bürgerlichen Gesetze keine besondere Richtschnur anweisen, als die wahre Quelle der Entscheidung vorkommender Streitigkeiten betrachten müssen; und 2) eine gründliche Kenntnis desselben, uns erst in den Stand sezt, die Gränzen der natürlichen Rechte und Verbindlichkeiten sowol unter sich, als auch besonders mit denen, welche durch willkürliche Verordnungen eingeführet sind, nicht zu vermengen. Nur zu oft war die Vernachläßigung dieses wichtigen und ersten Theils der Jurisprudenz daran schuld, daß unvollkommene Pflichten als vollkommen, diese aber als jene behandelt, und manche in der That willkürliche Anordnungen den Gesetzen der Vernunft beigezählet wurden. Wenn wir uns von dem Grundsatze trennen: determinationes iuri naturali superadditae sunt proprie leges ciuiles; I. H. Boehmer c. l. p. 423. so ist der Uebergang zu dergleichen Verwirrung so gut als gemacht. Ich setze daher, wie man leicht erachten kann, in meiner zweiten Regel solche Vorschriften voraus, welche ganz

unleug-

unleugbar in der gesunden Vernunft, und dem natürlichen Zwangrechte begründet sind. Wenn aber das N. R. hin und wieder iura imperfecta zu vollkommenen Ansprüchen erhebt, — die Personen, welche zu diesem oder jenem Geschäfte admittirt werden sollen, weiter bestimmt, — die Art und Weise, wie eine juristische Handlung einzurichten, vorschreibt, — die Beobachtung der natürlichen Gesetze bald durch angedrohete Strafen, bald durch Versicherung gewisser Vortheile verstärket, — so gehört alles dieses im eigentlichen Verstande zum positiven, nicht aber zum Naturrechte. Der heutige Gebrauch solcher Stellen, ist daher nach denjenigen Regeln, welche die römischen Positivgesetze überhaupt zum Vorwurfe haben, ebenfalls zu bestimmen. Wir werden solche sogleich näher kennen lernen.

13.

Dritte Regel.

In Ansehung der eigentlichen Positivgesetze kömmt es lediglich auf die Reception an.

Man hat also vor allen Dingen darauf zu sehen: ob die Verordnung, von deren heutigen Gebrauch die Rede ist, zu den in Teutschland recipirten Theilen des R. R. gehöre oder nicht. Im letzten Fall hat sie in teutschen Gerichten keine gesetzliche Kraft, und verbindet uns daher gar nicht.

Zu dem römischen Rechte in der weitläuftigsten Bedeutung gehören alle und jede Gesetze, welche in dem römischen Staat von dessen Gründung an, bis auf den Untergang des Griechischen Kaiserthums gegolten haben. Eigentlich aber wird darunter das Justinianeische Recht verstanden, oder der Inbegriff der zur Zeit des Kaisers Justinian in dem römisch-griechischen Kaiserthum gültig gewesenen Rechte. Nicht nur in jenem, sondern auch diesem Betrachte enthält es verschiedne Theile, welche nie in Teutschland als Gesetze aufgenommen worden. Man rechnet dahin A) nach obigen generellen Begriff einestheils die vor Justinian gegoltene

Rechte, insoferne sie dieser Kaiser nicht in seine Gesetzsammlung aufgenommen; mithin 1) die Ueberbleibsel der sogenannten zwölf Tafelgesetze, 2) die Fragmente der alten Juristen, welche in die Pandekten nicht übergegangen, 3) dasjenige, was von dem Edicto perpetuo, imgleichen 4) von dem Gregorianischen und Hermogenianischen Kodex auf unsere Zeiten gekommen; 5) den Theodosianischen Kodex; — anderntheils aber das Postjustinianeische Recht, namentlich 6) die Novellen des Kaisers Justinus II, 7) die Konstitutionen des Tiberius, 8) die Basiliken, wie auch 9) die Novellen des K. Leo. B) Nach der engern Bedeutung des R. R. insonderheit aber alle diejenigen Verordnungen, welche an sich zwar größtentheils zum Justinianeischen Recht füglich gerechnet werden können, allein bei dessen Reception in Teutschland in dem römischen Rechtskörper, so wie er derzeit mit Glossen versehen war, nicht angetroffen, sondern nachhin erst durch kritische Bemühungen ergänzt worden. Dahin gehören 10) die sogenannten 13 Edikte

des K. Justinian. 11) Verschiedene Novellen desselben, 12) die in den Pandekten sowol als im Kodex vom Kujaz und andern Gelehrten hergestellte Gesetzstellen.

14.

Die bekannte Regel: quicquid glossa non agnoscit illud nec agnoscit curia, hat einen Grund von ungezweifelter Richtigkeit. Nicht weil die Anmerkungen des Accursius und seiner Vorgänger eine gesetzliche Kraft hätten; oder weil die Glossatoren es bestimmen könnten, welche Gesetze gelten sollten, und welche nicht — sondern weil die Gloße uns zum Wegweiser dient, wodurch wir erfahren können, welche Verordnungen der römische Rechtskörper, zu den Zeiten als er in Teutschland aufgenommen worden, in sich gefaßt habe. Natürlicher Weise beschränkt sich hierauf die Reception, und mit derselben die verbindende Kraft der römischen Gesetze. Man kann hieraus leicht abnehmen, daß das Corpus iuris glossatum noch immer für einen Rechtsgelehrten von großem

Nu=

Nutzen sei. Ist gleich nicht viele Weisheit aus den Gloßen zu schöpfen: so ist doch eines Theils die Erfahrung, welche Brunnquell gemacht haben will, nicht ganz ohne Grund: Saepius etiam consummatissimi iureconsulti, ubi aqua ipsis haeret, et omnes commentatores recentiores ignorantiam suam fatentur, ad glossam, velut sacram quandam anchoram confugiunt, et e divinationibus ac conjecturis Accursii occasionem genuini indagandi sensus quaerunt. Hist. iur. P. III. M. II. C.V. §. 9. p. 360; andern theils aber haben wir doch daran immer den sichersten Leitfaden um die recipirten, und nicht recipirten Gesetze bestimmen zu können. Daß die wenigsten Richter und Advokaten sich zu diesem Zweck desselben bedienen, ist leider wahr; daß aber darum auch oft Gesetze angeführt werden, die eigentlich bei uns gar nicht gelten, lehrt die Erfahrung gleichfalls. Ein merkwürdiges Beispiel hievon liefern uns die electa iuris publici. T. IV. m. I. p. 23., woraus erhellet, daß sogar beim Reichs-Kammergerichte zu Wetzlar ein mandatum ad

videndum se incidisse in poenam L. 4. C. de in ius vocando nachgesucht, und obgleich dieses Gesetz zu den nicht gloßirten gehöret, dennoch in der That erkannt sei. — Die Frage ob ein Gläubiger, dem nach und nach mehr Zinsen, als das Kapital beträgt, gezahlt worden, den Ueberschuß heraus geben müste? sollte bei uns ohne weiteres Bedenken mit Nein beantwortet werden. Denn die Verordnung in L. 10. C. de usur. ist klar: Vsurae per tempora solutae non proficiunt res ad dupli computationem. Die Novelle 121. C. 1. 2. enthält zwar das Gegentheil, und verwirfft die Zinsen ultra alterum tantum ohne Unterschied. Allein da sie nicht gloßiret ist: so fällt auch das gesetzliche Ansehen derselben in unsern Gerichten weg. Inzwischen wird in den gewöhnlichen Lehrbüchern dieser wahre Grund nicht aufgeführet; sondern statt dessen der Novelle eine derogirende Praxis entgegen gestellet, daran es doch bei solchen römischen Gesetzen, welche bei uns gar nicht recipiret, mithin an sich schon ungültig sind, keinesweges bedarf.

15.

Oft sind die Juristen verleitet worden, den oberwehnten in Teutschland nicht recipirten Theilen des römischen Rechts hin und wieder dennoch eine verbindende Krafft beizulegen, und die besondere Aufnahme einzelner dahin gehörender Gesetze zu behaupten, wenn sie gefunden haben, daß in unsern Gerichten das nemliche, was diese Verordnungen enthalten, gleichfalls beobachtet werde; gerade als ob dies nicht aus andern Ursachen geschehen, und folglich aus richtigern Gründen abgeleitet werden könnte. Diese Betrachtung wird uns in den Stand setzen, über den vorgegebenen heutigen Gebrauch verschiedener Novellen des Kaisers Leo richtig urtheilen zu können. Die 93ste dieser Konstitutionen verordnet: ut si sponsa ex alio grauida deprehendatus sponsalia rescindi possint. Daß dies nun auch bei uns Rechtens sei, leidet gar kein Bedenken; allein darum mit Brunnquell in Hist. iur p. 215 und dem dort angeführten Berger eine besondere Reception dieser Novelle in Teutschland behaupten

haupten wollen, würde in der That eine ganz unrichtige Folgerung sein. — Obgleich heutiges Tages die Konventionalstrafe bei Verlobungen allerdings zugelassen wird; so glaube ich doch nicht, daß man den Grund davon in der Aufnahme der Nov. Leon. XVIII. zu setzen habe. Das Justinianeische Recht erklärt zwar den Anhang einer solchen Strafe bei Verlobungen für ungültig; allein aus Gründen, welche, wie der Herr Ordinarius Hellfeld in seiner Abhandlung de poena conuentionali sponsalibus adiecta §. 31 (in opusc. ejusd. p. 394) deutlich gezeigt hat, in Teutschland gänzlich wegfallen. Es versteht sich also die verbindliche Wirkung der gedachten Straffe bei uns und nach unsern Grundsätzen von selbst. Wozu denn die Verordnung des K. Leo? Ich denke doch nicht, daß die Gültigkeit der poena conuentionalis so wesentlich von dieser Verordnung abhänge, daß solche ohne Reception der letztern gar nicht gedacht werden könne? Kurz! man unterscheide die beiden Fragen: 1) ob nicht manches, so in den erwehnten Novellen

vellen enthalten ist, auch in Teutschland gelte? — und 2) ob solches darum beobachtet werde, weil die Verordnungen des Leo als Gesetze recipirt worden? — nur genau von einander, und man wird gewis die sonst gelehrte Abhandlung des Caspar Achatius Beck: de nouellis Leonis, earumque usu et auctoritate, Ienae 1726. 4. von einer andern Seite, als bisher geschehen, zu betrachten anfangen.

Daß übrigens die erwehnten Theile des römischen Rechts, wenn sie gleich in unsern Gerichten, kein legales Ansehn haben, dennoch zur Erklärung der wirklich gültigen Verordnungen ein ganz unentbehrliches Hülfsmittel abgeben, ist zu bekannt, als daß ich es hier noch weiter auszuführen hätte. Wie oft man auch in ipsis rerum argumentis sich derselben zu solchem Zweck sehr glücklich bedienen könne, davon liefern unter andern die Schrifften eines Pufendorfs und Struben Beispiele genug.

16.

Vierte Regel

Betreffend die recipirten Theile des römischen Rechts.

Diejenigen Verordnungen, welche sich auf blos römische in Teutschland ganz unbekannte Sitten und Verfassungen beziehen, leiden eigentlich bei uns keine Anwendung. Herr Prof. Schott in seiner Encyclopädie §. 109.

So richtig diese Regel ist: so leicht kann sie gemisdeutet, und ein übler Gebrauch davon gemacht werden. Im Grunde sind unsere Verfassung und Sitten von der römischen, worauf sich die Gesetze natürlich beziehen, fast durchgängig sehr verschieden; folglich könnte man nach diesem Grundsatze viele Verordnungen unanwendlich halten, die doch unstreitig ihre völlige Gültigkeit behaupten müssen. Und in der That sind Lehr- und Richterstühle oft von einem Fehler nicht frei geblieben, wovon Leyser Spec. 29. med. 5.

sehr nachdrücklich schreibt: Grauissimus ille doctorum nonnullorum error est, existimantium, mores Germanicos, si in quadam circumstantia a moribus Romanorum recedant, totius negotii naturam adeo mutare, ut iam nihil ex legibus romanis applicari possit. Folgende Erläuterung der gedachten Regel wird den wahren Sinn derselben genau entwickeln, und den Misbrauch verhüten. Es ist hier von solchen Verordnungen die Rede, welche sich auf blos römische Sitten und Verfaßungen beziehen. Zuförderst ist also zu merken, daß hierunter nicht eine jede entfernte oder gelegentliche Verbindung des Gesetzes mit römischen Gebräuchen zu verstehen sey. Denn so können viele Dinge, die bei uns ganz wegfallen, auf das Gesetz eine Beziehung haben, und doch die Anwendung desselben nicht aufheben. Die sieben Zeugen bei Testamenten sind heutiges Tages immer noch erforderlich, obgleich diese Zahl aus einem Ritus herrührt, der bei uns nie üblich gewesen. Ein anders aber ist es wenn der eigentliche Gegenstand des Gesetzes,

oder

oder der wesentliche Grund desselben in Teutschland nicht statt findet. Und dies ist der Sinn unserer Regel. Vermöge derselben fällt also die heutige Anwendung weg 1) wenn selbst das Objekt des Gesetzes gar nicht mehr existiret. Dahin gehören unter andern diejenigen Verordnungen, welche die besondere Regimentsverfassung des römischen Staats, und dessen Verwaltung betreffen, die Titel de officio proconsulis, praesidis und andern dergleichen mehr. 2) Wenn der Gegenstand des Gesetzes zwar nicht ganz verschwunden, jedoch in der Maße nicht mehr vorhanden ist; welche das Gesetz unzertrennlich voraus setzet. So können z. B. die römischen Gesetze vom Konkubinat heutiges Tages eigentlich nicht gelten, weil sie ihn als erlaubt voraussetzen; weshalb ich auch gerne der Meinung beipflichte, daß die in solcher verbothenen Beiwohnung erzeugten Kinder bei uns keine besondere Vorrechte haben. — 3) Wenn der wesentliche Grund des römischen Gesetzes ganz wegfällt. Die

Re-

Regel cessante ratione legis, cessat eius dispositio wird nicht allein überhaupt, sondern auch vorzüglich, wenn es auf den heutigen Gebrauch einer Justinianeischen Verordnung ankömmt, zum öftern gemisbraucht. Eigentlich haben wir uns hier nur mit dem letztern zu beschäfftigen, indessen wird es nicht undienlich sein, vorläufig im allgemeinen die Erklärung des seel. Thomasius darüber zu vernehmen. Magna vis est regulae: cessante ratione cessare etiam dispositionem; sed hoc ita intelligendum, si ratio in casibus multis similibus cesset, non si cesset saltem in vno vel altero indiuiduo. Leges volunt, minores habere restitutionem ob imbecillitatem iudicii; Est vero minor, cui ante pilos sapientia venit; huic tamen iudex restitutionem non denegabit. Diss. de legitima viuentis Cap. 3. §. 4. Alle Gesetze sind nur in Bausch und Bogen gut; nicht für einen Fall, sondern für die meisten gemacht. — Um also nunmehro unserer Materie näher zu treten: so muß wenn das Gesetz sei-

ne Anwendung verlieren soll der Hauptgrund desselben cessiren. Damit ist aber weder die occasio legis, noch diese oder jene Nebenursache, welche vorzüglich etwa den Römern das Gesetz nützlich machte, zu verwechseln. Denn dies können freilich Umstände sein, die bei uns ganz wegfallen, darum aber doch der heutigen Gültigkeit des Gesetzes nichts entziehen. Es wird dem Leser hoffentlich nicht misfallen, wenn wir hiebei noch etwas verweilen.

17.

Mark Aurel erklärte denjenigen seines Rechts verlustig, der, ohne den Richter anzutreten, solches mit Gewalt durchzusetzen, sich unternehmen würde. Der eigentliche Grund dieser Verordnung besteht unstreitig darinn, weil dem gemeinen Wesen daran gelegen, daß ein Jeder sein Recht durch richterliche Hülfe verfolge; die Selbsthülfe hingegen dem Staat desto gefährlicher ist, je mehr sie dem ersten Endzweck bürgerlicher Societäten, der innern Sicherheit

nemlich, zuwider läuft. Bei den Römern kam die Macht der Bürger, und die Menge ihrer Sclaven hinzu, welches ihnen die Privatgewalt noch fürchterlicher machte. Wenn wir dem Seneca glauben wollen: so gab es einzelne Bürger, die über zwanzigtausend Sclaven hatten. De tranquill. cap. 8. Es frägt sich also, ob das sogenannte edictum D. Marci noch heutiges Tages Anwendung leide? Männer von Ansehen, unter denen es genug ist, einen Claproth in Diss. de non vsu edicti D. Marci, zu nennen, haben diese Frage mit Nein beantwortet, weil wir solche Bürger nicht mehr haben, als diejenigen waren, die das Gesetz veranlaßten. Allein darum fällt doch der Hauptgrund des Edikts bei uns nicht weg. War gleich die Selbsthülfe dem römischen Staat vorzüglich gefährlich: so ist sie doch bei uns nicht unter die indifferenten Handlungen zu rechnen; sie bleibt in einer jeden Republik höchst unerlaubt; und man kann auch mit Grunde nicht behaupten, daß das Gesetz zu hart sei. Sobald nemlich in einem Lande Ge-

richte sind, durch deren Hülfe ein jeder sein Recht geltend machen kann: so ist gewis nichts übertriebenes darinn zu finden, wenn derjenige seines Rechts verlustig erklärt wird, der es auf diesem gesetzlichen Wege nicht suchen, sondern als ein Feind guter Ordnung die Ruhe, und Sicherheit des gemeinen Wesens zerrütten will. Teutschland hat vor Errichtung des Landfriedens die traurigsten Folgen der Privatgewalt erfahren; sollte aber dieses Reichsgesetz darum wol nicht mehr gelten, weil im Ganzen die Befehdungen heutiges Tages selten geworden? Wenn daher andere Rechtslehrer den heutigen Gebrauch jener römischen Verordnung vertheidigen: Leyser Spec. 107. so kann man nicht sagen, daß sie einem auf Teutschland nicht passendem Gesetze das Wort redeten.

18.

Die bekannte actio de receptis wider diejenigen, welche die Personen, und Sachen der Reisenden aufnehmen kann hier gleichfalls zum

Bei-

Beispiele dienen. Die Gründe dieser Aktion, wodurch der Fremde sich seiner Sache halber blos an den Recipienten hält, sind folgende: 1) der Gastwirth ꝛc. macht sich dadurch, daß er die Güter aufnimmt, ipso facto anheischig, solche aufzubewahren und zu restituiren. Seine Verbindlichkeit rührt also aus einem wahren, obgleich stillschweigenden pacto her; und man hat nicht nöthig, zu den sogenannten Quasikontrakten seine Zuflucht zu nehmen. 2) Es ist billig, daß denen Fremden kurz geholfen, nicht aber ihre Sache in weitläuftige Beweise verschleppt werde. 3) Der Gastwirth selbst kann Entwendungen eher verhüten, als der Fremde. 4) Wollte man dem leztern die Verbindlichkeit auflegen, daß er immer den Urheber seines Schadens ausfindig machen, oder gegen denselben allein nur klagen dürfte: so würde es unredlichen Wirthen ein leichtes sein, den Gast um das Seinige zu bringen. Nun waren 5) bei den Römern die nautae, caupones, stabularii, wie uns Perizonius Lib. 4. ad Aelian. c. 1. n. 1. näher gezeigt

hat, gröstentheils niederträchtige Betrüger. Horaz schreibt von ihnen:

— Inde forum Appi
Differtum nautis, cauponibus, atque malignis.

Ich glaube nicht, daß jemand blos darum, weil unsere Wirthe nicht durchgängig mit den römischen in eine Klasse gehören, den heutigen Gebrauch der gedachten Klage zu bestreiten, sich einfallen lassen könne. Immerhin mag diese Nebenursache des Gesetzes zu unsern Zeiten ganz wegfallen, welches doch gewis zu viel, und gegen die Erfarung behauptet sein würde: so bleiben doch die andern Gründe, welche allein schon das Gesetz hinreichend rechtfertigen, allemal noch fortdaurend.

19.

Uebrigens versteht es sich von selbst, daß unter dem Prätext einer Gleichheit der Gründe und Gegenstände keine unschickliche Ausdehnung der Gesetze vorzunehmen sei. Man ist in diesem Misbrauche so weit gegangen, daß sogar Straf-

Gesetze und iura singularia nicht davon frei geblieben. Die Lehre vom stillschweigenden Pfandrechte liefert hievon Beispiele genug, und die Juristen, welche behaupten, daß heutiges Tages auch die Mutter pupillariter substituiren könne, hätten billig erwegen sollen, daß ein so exorbitantes Recht, — über das Vermögen eines andern zu testiren, — nur demjenigen beigelegt werden könne, dem es die Gesetze, welche in solchen Fällen bekanntlich keine Ausdehnung leiden, ausdrücklich ertheilt haben. Jede eigenmächtige Erweiterung ist hier allemal ein unerlaubter Eingriff in die Rechte des Gesetzgebers, deren sich kein priuatus anzumaßen hat. Daher besonders noch ein anderer Grundsatz, welchen wir sogleich näher betrachten wollen.

20.

Fünfte Regel.

Auf solche Gegenstände und Geschäfte, welche den Römern ganz unbekannt waren,

sondern blos aus teutschen Sitten und Verfassungen oder andern Quellen ihren Ursprung haben, läßt sich das römische Recht ebenfalls nicht anwenden; obgleich eine eingebildete Aehnlichkeit dergleichen unschickliche Anwendung leicht veranlassen kann, und oft veranlaßt hat. Herr Prof. Schott a. a. O. N. 3. Ueberhaupt können Gesetze über ihren eigentlichen Gegenstand nicht hinaus gedehnt werden. Schon die gesunde Vernunft erkennet es also, daß die unter teutschen Ehegatten herrschende Gemeinschaft der Güter, die sogenannte vnio prolium, und andere den Römern nie bekannt gewesene Geschäfte unmöglich nach römischen Grundsätzen behandelt werden können. Es ist aber in dieser Hinsicht eine dreifache Vorsicht nöthig: 1) Daß man sich durch keinen Misverstand römischer Gesetze und Schriftsteller zu dem Irrthum verleiten lasse, als ob dergleichen blos teutsche Geschäfte bei den Römern wirklich schon eben so üblich gewesen. Vormalen war dieser Fehler etwas sehr gewöhnliches. In dem

bekann-

bekannten Streite über den Ursprung der Lehne hat es nicht an Gelehrten gefehlt, welche das ganze Institut den Römern zueignen wollen. Die Meinung war zu paradox, als daß sie sich lange behaupten konnte. Nach teutschen Rechten wird, wie wir wissen, durch Errichtung einer separaten Oekonomie die väterliche Gewalt aufgehoben. Leyser behauptet Spec. 21. m. 2. daß dieser modus schon bei den Römern gebräuchlich gewesen. Ich glaube nicht, daß viele Juristen hierinn mit ihm einstimmig sind; obgleich nicht wenige unter ihnen gerade den Irrthum noch immer beibehalten, wovon der leysersche nur eine Folge war. Man nennt die Befreiung von der V. G. durch Errichtung eines besondern Hauswesens eine stillschweigende Emancipation. Hodie emancipatio est vel expressa vel tacita, quae tacito patris consensu innititur. Hanc in generalem et specialem diuidere licet. Emancipatio generalis tacita fit per institutionem separatae oeconomiae.

Herr Ordinarius Hellfeld in iurisprud. forensi §. 161.

Richtiger würde man sie zu denjenigen modis rechnen, welche aus gesetzlicher Vorschrift auch wider des Vaters Willen, dessen Gewalt aufheben. Dies gestehet auch der eben angeführte Rechtsgelehrte selbst, wenn er gleich darauf hinzufügt: inuito etiam patre fieri potest haec separatio. Was aber wider meinen Willen geschehen, und von mir nicht gehindert werden kann; daß läßt sich nicht wol in meiner stillschweigenden Einwilligung begründen. Inzwischen hat, wie gesagt, diese irrige Lehre den Leyser verleitet, ein blos teutsches Institut den Römern zuzueignen. Est enim, sagt er, emancipatio tacita. Iam vero de hac clara legimus exempla in D. 1. C. de patria potest. et L. 25. D. de adopt. Ergo et hicce modus non tam Germanis nostris originem debet, quam potius ipsis romanarum legum conditoribus diu iam iam cognitus fuit. Jedoch der Abweg, daß man selbst die nämlichen Geschäfte, die blos den Teutschen eigen sind,

sind, schon bei den Römern finden will, ist nicht so häufig, als ein anderer, wodurch in der That eine nicht geringe Verwirrung der Rechte verursacht wird.

21.

Man läßt sich zweitens eine eingebildete Analogie sehr oft bei dergleichen Dingen zur unschicklichen Anwendung römischer Grundsätze verleiten. Ob es gleich leicht zu erachten ist, daß von dem römischen Erbzinsrechte auf das teutsche Maierrecht, von den libertinis auf unsere Bauren nicht zu argumentiren stehet: so ist doch dieser Misbrauch mehrmalen geschehen.

Herr Prof. Eichmann in seiner Erklärung des bürgerlichen Rechts T. 1. p. 348.

Bekannt ist es, daß nach römischen Rechten die in Ehebruch erzeugten Kinder weder dem Vater noch der Mutter succedirten. Man verstand aber unter den adulterinis diejenigen nicht, welche von einem verheiratheten Manne mit einer

ledi-

ledigen Frauensperson erzeugt worden. Diese läst daher das römische Recht zur mütterlichen Succeßion. Nach unsern heutigen Begriffen vom Ehebruch könnte man solche Kinder zwar auch adulterinos nennen, allein da diese erweiterte Idee den Römern gänzlich fremde war; so kann man auch dasjenige was das römische Recht nach seinen Begriffen von den adulterinis verordnet, auf die erwehnten Kinder nicht anwenden. Sind einheimische gültige Gesetze vorhanden, welche ihnen das Erbrecht versagen: so leidet die Sache, obgleich die Kinder ohne Verschulden leiden, dennoch keinen Zweifel. Nam ita lex scripta est, licet dura sit. — Fehlt es aber an dergleichen einheimischen Rechten: so sehe ich nicht ab, aus welchem Grunde man diesen Kindern die mütterliche Erbfolge absprechen könnte. Nach römischen Rechten gewis nicht, weil dieses die mehrgedachten Kinder für erbfähig erklärt; folglich der Gedanke, sie nach eben diesem Rechte von der Succeßion ganz ausschließen zu wollen, offenbar wunderlich sein würde. Das Kanonische

Recht ist uns hierinn auch nicht entgegen, zum Ressort der Richter und Rechtsgelehrten gehört es aber sicher nicht, den unschuldigen Kindern Rechte zu entziehen, welche ihnen die Gesetze selbst nicht nehmen; und wenn die römischen Gesetzgeber sich sonst nicht, als nur darinn gegen die christliche Religion versündigt haben, daß sie den von einem ungetreuen Manne mit einer ledigen Weibsperson erzielten Kindern das Erbrecht nicht ganz genommen haben; so getraue ich mich immer, sie unter die Heiligen vom ersten Range zu zählen. —

22.

Allerdings würde man viel zu weit gehen, wenn man unsere obige Regel, drittens dahin deuten wollte, daß solche Gegenstände, welche den Römern nicht bekannt gewesen, schlechthin in gar keinem Stücke nach Justinianeischen Gesetzen behandelt werden könnten. Sind es Fälle, worauf die eigenthümliche Natur dieser Geschäfte keinen

nen

nen besondern Einfluß hat: so lassen sich die generellen Vorschrifften des gemeinen Rechts sehr gut anwenden. Ob gleich unsere Patrimonialgerichtsbarkeit den Römern unbekannt war, und folglich die Gesetze, welche Frauenspersonen und Unmündige aller Jurisdiktion unfähig erklären, darauf nicht anzuwenden sind: so können sich doch die Patrimonialgerichte von sonstigen Verordnungen, welche die Pflichten des Richters überhaupt bestimmen, keineswegs dispensiren; weshalb auch Leyser Spec. 29. m. 5. die Prorogation in Ansehung dieser Gerichtsbarkeit gar wol zuläßig findet.

23.

Sechste Regel.

Ist nun keine der bisher erwehnten Einschränkungen vorhanden: so hat das römische Recht, nach der bekannten Rangordnung seiner Theile unter sich, durch ganz Teutschland

ein

ein gesetzliches Ansehen; es wäre denn, daß besondere einheimische Reichs- und Landesgesetze, Statuten und Gewohnheiten in contrarium vorhanden wären.

Diese Regel ist der Idee eines recipirten Rechts aufs genaueste angemeßen. Nur hat man, was die Gewohnheiten, den Gerichtsgebrauch und die statutarischen Rechte anbetrift, sich wol zu hüten, daß man unter diesem Prätext das Ansehen des römischen Rechts nicht zu voreilig bestreite. Die Gewohnheiten und Observanzen kommen hier in einer gedoppelten Hinsicht zur Betrachtung. Einmal überhaupt (qua tales) und zweitens, als solche die der Gültigkeit eines geschriebenen Gesetzes entgegen gestellet werden. So viel das erste anbetrift: so versteht es sich von selbst, daß alles dasjenige, was zur Einführung einer Gewohnheit im allgemeinen erfordert wird, auch hier nothwendig sei, folglich ein hinlänglicher Beweis derselben geführt werden müsse. Die Rechtsgelehrten selbst sind

so

so bescheiden, in ihren Lehrbüchern den Satz einzuschärfen, daß die bloße Behauptung und das Ansehen der Juristen zu diesem Beweise eben so wenig auslange, als ein simples Attestat der Gerichte dazu hinreichend ist. Was überhaupt von den Meinungen der Rechtsgelehrten in der Cellischen Oberappellations-Gerichtsordnung P. 2. Tit. 12. §. 12. sehr zutreffend bestimmt worden, das läßt sich auch hier füglich anwenden: „Wenn auch wahrgenommen worden, daß „hin und wieder in den Gerichten der schädliche „Misbrauch eingerissen, daß man *in iudicando* „zu viel auf *opiniones doctorum* siehet und dabei oft fast wenig um *textus iuris*, *leges*, oder „deren *rationes* und *argumenta* sich bekümmert: „vielmehr genug zu sein vermeinet, der Doctoren Autorität bei Decidirung der Sachen zu „folgen, wodurch denn veranlaßt wird, daß, „da fast nichts in der Welt so übel fundirt sein „kann, so nicht bei einem oder andern Autore und Scribenten Beifall finde, durch solche auf „dergleichen *opiniones* sich gründende Judicaturen

„turen viel irrige *principia* in die Gerichte sich „einschleichen, und als praeiudicia, ja gleichsam „als ordentliche Rechtsregeln eingeführt werden: „oder auch daß die Richter irre gemacht und „zweifelhaft werden, welcher unter solchen di„versen und öfters gegen einander laufenden „Opinionen sie folgen sollen; wenigstens eine „arbitraria iustitia eingeführet wird: so finden „wir nöthig, solchem Misbrauche bei unserm „Appellationsgerichte vorzukommen rc.„ Man wird aber zum öftern finden, daß gerade dann, wenn es darauf ankommt die Autorität wirklicher Gesetze zu destruiren, von diesen Wahrheiten, wenig oder gar kein Gebrauch gemacht werde; obgleich die Meinungen und Lehren der Juristen, bei denen man oft fragen müste, wie hoch das Responsum bezahlet worden, sicher die Quellen nicht sind, woraus in diesem Fall der erforder-

liche Beweis geschöpft werden könnte. Außer dem aber kömmt bei dergleichen abändernden Gewohnheiten noch dasjenige ganz vorzüglich in Erwägung, was ich lieber mit den eigenen Worten des berühmten Riccius in seinem Spicilegio iuris Germanici p. 2. seqq. vortragen will:

„Quum omnem legis condendae et pu„blicandae potestatem populus in principem „transtulerit et naturali ratione eius sit soluere, „qui potest velle, frustra vtique in principem „legislatoria potestas foret collata, si ciuibus „liceret, leges quas vellent, contrario vsu vel „pluribus actibus publice susceptis, legi contra„riis antiquare. Grauiter proinde ac recte iam „olim in diplomate suo d. a. 1360 pronuncia„vit Rudolphus IV. Archidux Austriae: so soll „noch mag dieselbe Gewohnheit, wy alt sie wär, „die

„die also wider das gemeine Recht und wyder „die Wahrheit ist, kein sunder Recht machen „noch bringen. Rei enim veritate inspecta non „plures actus publice suscepti, sed mutata prin„cipis voluntas factis declarata tollit legem an„tea latam.„

24.

Ueberhaupt scheint mir die Lehre vom Gewohnheitsrechte, zumal wenn man dabei auf teutsche Verfassung zurück siehet in unsern Systemen noch gar nicht genau entwickelt. Ich kann mich jezt freilich hierüber ins Detail nicht einlaßen. Damit man aber mein Urtheil nicht ohne Ueberzeugung und Gründe hingeworfen glaube: so will ich nur noch dies wenige zum weitern Nachdenken empfehlen. Die gewöhnliche Theorie, daß

die gesetzliche Kraft der Gewohnheiten immer auf den stillschweigenden Konsens des Landesherrn beruhe — daß jeder einzelnen Gewohnheit dieser Konsens beitreten müste — daß man blos aus öfterer Wiederholung gleichförmiger Handlungen die Genehmigung des Landesherrn folgen könne, — wird bei genauerer Erwägung nicht wenig von ihrer Allgemeinheit verlieren. Wie! wenn der Gesetzgeber durch ausdrückliche Verordnungen fest gesetzt hätte, vernünftige Gebräuche und Gewohnheiten sollten in seinem Lande den Gesetzen gleich geachtet werden! Und haben wir nicht in Teutschland ausdrückliche Reichs- und Landesgesetze, welche dieses bestimmen? Unstreitig folgt hieraus, einestheils, daß die allgemeine Grundlegung der stillschweigenden Approbation nichts weniger als gegründet sei, wie solches der Herr Prof. Woltär in seinen Anmerkungen über

Möl-

Möllers Distinct. iur. feud. p. 33. mit mehrern gezeigt hat; anderntheils aber daß unter diesen Umständen in der Regel jede einzelne Gewohnheit zu ihrer verbindenden Kraft die Notiz des Landesherren und seine besondere Einwilligung nicht nöthig habe. Genug, daß einmal die generelle Bestätigung geschehen. Ich sage aber mit Fleiß in der Regel. Denn es giebt hier eine Ausnahme, deren ich, da sie just zu meinem Zweck gehört, besonders gedenken muß. Sobald nemlich von solchen Gewohnheiten die Rede ist, welche geschriebenen Gesetzen grade entgegen gehen: so müssen sie durchaus in specie vom Landesherrn gebilligt sein; und es wird der deutlichste Beweis erfordert, daß sie zu seiner Wissenschaft gekommen. Sonst bleibt es bei der Regel: hundert Jahre unrecht, ist keine Stunde recht. Unmöglich können jene Gesetze, welche die Gewohn-

wohnheiten im allgemeinen bestätigen so ausgelegt werden, als ob der Regent seinen Unterthanen die Befugnis ertheilt hätte, seinen einmal gegebenen Gesetzen durch Einführung anderer Gebräuche, ihre Kraft zu entziehen. Ob nun nach unserer heutigen Verfassung schon aus der öftern Wiederholung gleichförmiger Handlungen in diesem Fall auf die Wissenschaft und den Konsens des Landesherrn zu schließen sei, lasse ich dahin gestellet sein. Herr Prof. Riccius fügt am obangeführten Orte hinzu: Factum legislatoris voluntatem eius euidenter ostendens in probatione consuetudinis contrariae legem vel abrogantis [vel derogantis demonstrari oportet. — Bei den Römern, wo die Gerichte öffentlich vor den Augen des Volks, in dessen Händen sich die legislation befand gehalten wurden, wo in der Folge die Imperatoren sich selbst mit Entscheidung der

Rechts-

Rechtshändel beschäfftigten; konnte man mit mehrerer Wahrheit, wenn kein Wiederspruch geschahe, den stillschweigenden Willen annehmen. Der römische Jurist fragte mit Recht: quid interest, suffragio populus voluntatem suam declaret, an rebus ipsis et factis. L. 31. D. de Legib. Bei uns aber, wo die Gesetzgeber selbst von dem Verfahren der Gerichte eine solche Wissenschaft nicht haben, dürfte jene Art zu argumentiren ziemlich unsicher sein. Diese Grundsätze sind es, welche man wol in Acht zu nehmen hat; wenn diesem oder jenem Gesetze ein vermeinter non usus, oder eine entgegenstehende Praxis opponirt wird. Vielleicht finden sie zum Theil auch in dem Fall ihre Anwendung, wenn statutarische Rechte den gemeinen, Reichs- und landesgesetzen entgegen gestellt werden.

25.

Je weniger die Statuten an sich eine gesetzliche Autorität haben, desto minder wird man ihnen ohne Unterschied die Krafft, dem geschriebenen Rechte zu derogiren, beilegen können. Alles kömmt hier auf die landesherrliche Bestätigung an. Ist diese vorhanden; so leidet es freilich kein Bedenken, daß sie den gemeinen Rechten, deren Dauer und Wirkung vom Willen des Regenten abhängt, allerdings vorgehen. Verschiedene Land- und Municipalstädte haben durch Privilegien das sogenannte ius statuendi erhalten, wodurch ihren Statuten ein legales Ansehen im voraus schon bewilligt worden. Dergleichen Privilegien sind aber nach eben den Grundsätzen zu behandeln, welche ich von der allgemeinen Bestätigung vernünftiger Gewohnheiten oben bemerkt habe. Die Gemeinde erhält

hält dadurch weiter kein Recht, als praeter ius commune gültige Statuten zu errichten; welche indessen doch immer der landesherrlichen Inspektion unterworfen bleiben. Sobald aber das Statutum ausdrücklichen Reichs- und Landesgesetzen zuwider läuft: so ist der besondere Konsens des Landesherrn ganz unstreitig erforderlich, und hilft, das erwehnte Privilegium dazu im geringsten noch nicht. Hoc inde liquidum est, quia, si contra leges imperantis statuta conderent, sibi potestatem arrogarent, leges quibus adstringuntur, corrigendi, et mutandi, quod ipsis haud concessum, quum voluntas superioris semper praedominari debeat. *Omnis potestas magistratui concessa, quanta quanta est, semper intelligitur saluo iure imperantis, cui est subordinata.* — I. H. Boehmer introd. in ius publicum uniuersale p. 401. Einmal sind

alle Konceßionen, wodurch die Ausübung der Regalien des Fürsten eingeschränkt wird, aufs strengste zu interpretiren, und es läßt sich auch zweitens mit Vernunft nicht annehmen, daß der Landesherr, durch ein solches Privilegium sich seiner Gesetzgebenden Macht, als des höchsten Majestätsrechts entäussern eine einzelne Gemeinde vom Gehorsam gegen landesherrliche Befehle dispensiren, oder die Befolgung der gemeinen und Provinzialgesetze dem Gutbefinden eines Städtischen Magistrats überlassen wollen. Ich finde keinen Wiederspruch darinn, dieses alles auch in dem Falle applikativ zu glauben, wenn den auswärtigen einmal bei uns recipirten Rechten durch Observanzen oder statutarische Satzungen derogirt werden soll. Ihr Ansehen gründet sich gleich den einheimischen Verordnungen auf den Willen unserer Fürsten und Gesetzgeber, ohne

ne welchen daher ihre verbindende Kraft nicht aufhören kann. Es sei mir erlaubt, hierüber zwei aus der hohen Herzoglich Mecklenburgschen landesregierung ergangenene Rescripte deren Mittheilung ich der Güte eines Freundes zu danken habe, hier zur nähern Erläuterung anzuführen. Sie lauten also:

Friederich V. G. G.
H. z. M.

Wir geben euch, nach nunmehro eingegangenen unterthänigsten Bericht des dortigen Stadt-Magistrats hiemit zur Antwort, daß da nach bekannt gemeinen Rechten selbst eine an sich nichtige Handlung eines Minderjährigen, wenn sie von ihm mit einem Eide bestärket worden, in alle Wege für verbindlich zu achten ist,

und da weder die angeführte Stelle des dortigen Stadt-Rechtes davon etwas anders enthält, noch auch Wir nach unsern Landesherrlichen Pflichten jemals gestatten werden, wenn der dortige Stadt-Magistrat jenem gemeinem Rechtssatz zuwider solcher Stelle einen andern Sinn geben, oder gar das Gegentheil als ein Rostocksches Stadt-Recht festsetzen wollte; eure Beschwehrde keinen Grund, noch auch euer Suchen statt habe ꝛc. Wonach ihr euch zu richten. Datum Schwerin den 1sten Sept. 1780.

Frie-

Friederich 2c.

H. z. M.

Wir communiciren dir den unterthänigsten Bericht Burgermeister und Raths unserer dortigen erbunterthänigen Stadt — hiebei abschriftlich. Und da du das negotium mit deinem Ehemanne zur Verbürgung für seine Schuld, zwar ohne Gegenwart eines nach dem dortigen Stadt-Recht erforderlichen dazu besonders constituirten Curatoris, jedoch nicht nur mit ausdrücklicher Entsagung der Nichtigkeits-Anstellung, sondern auch mit Bekräftigung solcher Handlung mittelst eines hinzugefügten Eides unleugbar geschlossen hast, und dann im letztern Fall den gemeinen Rechten zur Folge auch eine, sonst ungültige Handlung für rechtsbeständig zu achten ist; solcher disposition der gemei-

nen

nen Rechte aber die von dir angeführte Stelle des dortigen Stadt-Rechts, so wenig widerspricht, als jemals derogiren kann: So hat dein Suchen nicht Stat. Wornach ꝛc. Datum Schwerin den 24sten Nov. 1780.

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Weber, Adolph Dietrich,

Reflexionen zu Beförderung einer gründlichen Theorie vom heutigen Gebrauche des römischen Rechts

Schwerin ; Wismar ; Bützow 1782

Jur.is. 212
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10740956-4
VD18 14766027-001